



compal

# Diagnóstico sobre la Legislación de Competencia Vigente en Costa Rica, Ley No.7472



UNITED NATIONS  
UNCTAD

**Fortalecimiento de Instituciones y Capacidades en el área de Políticas  
y de Competencia y Protección al Consumidor (COMPAL)  
Proyecto para Costa Rica**

**CR.1.5.1.**

**DIAGNÓSTICO SOBRE LA LEGISLACION DE COMPETENCIA VIGENTE  
COMPRENDIDA EN LA LEY DE COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA  
DEL CONSUMIDOR, LEY No.7472.**

**Edgar Odio Rohrmoser  
Consultor Nacional**

**Mayo, 2005.**

## Contenido

INTRODUCCION .....	4
I.) PROMOCION DE LA COMPETENCIA Y PREVENCIÓN DE PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS .....	5
II.) PRACTICAS MONOPOLISTICAS ABSOLUTAS COMO ILEGALES PER SE .....	8
III.) APLICACIÓN DE LA “REGLA DE LA RAZÓN” A LAS PRÁCTICAS MONOPOLISTICAS VERTICALES.....	10
IV.) NOTIFICACION PREVIA OBLIGATORIA EN LAS CONCENTRACIONES Y POSIBILIDAD DE IMPONER CONDICIONES PARA SU APROBACION. ...	11
V.) FACULTADES DE COPROCOM PARA RECOLECTAR PRUEBA Y REVISION DE LAS SANCIONES (INCLUYENDO EL INCUMPLIMIENTO DE ACUERDOS PREVIOS Y DE APROBACIONES DE CONCENTRACIONES.). GARANTIAS PROCESALES .....	13
CONCLUSIONES .....	15

## INTRODUCCION

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor fue promulgada el 20 de diciembre de 1994. Al cumplirse diez años de su vigencia la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), el órgano administrativo encargado de su aplicación, ha acumulado una experiencia importante y ha logrado desarrollar en el medio cierta cultura sobre competencia, particularmente en los sectores empresariales y de profesionales. Pero la experiencia de COPROCOM también ha puesto en evidencia la necesidad de revisar el contenido a la Ley de Promoción de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en sus capítulos sobre Competencia (LPC), para contar con más y mejores instrumentos para corregir las distorsiones del mercado.

La experiencia de la COPROCOM y el análisis de derecho comparado hacen necesario hacer las siguientes consideraciones con miras a una revisión de la LPC, sobre temas que están ausentes en la LPC, o regulados de manera insuficiente: a) Creación de instrumentos para facilitar el papel de COPROCOM en la corrección de las distorsiones del mercado y prevenir la existencia y prolongación de prácticas monopolísticas (conciliación, medidas cautelares y prevenciones, y la posible aplicación a entidades públicas); b.) Revisión del concepto y naturaleza de las prácticas monopolísticas absolutas para la aplicación de la regla de la razón, o de una regla “de minimis”, y considerar la inclusión de prácticas no contempladas expresamente (boicot horizontal); c) La determinación de la existencia de prácticas monopolísticas relativas con base en la “regla de la razón”, en forma expresa; d.) La introducción de la notificación previa obligatoria en materia de concentraciones y de la consiguiente facultad de COPROCOM de imponer condiciones para su aprobación; e.) Contar con instrumentos apropiados para la recolección de pruebas, aunque eso requiera la participación de los tribunales jurisdiccionales, y revisar el elenco de las sanciones que puede imponer la COPROCOM.

Antes de analizar estos aspectos es conveniente repasar los aspectos institucionales relacionados con nuestro tema. COPROCOM es un órgano de máxima desconcentración; adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio, integrado por cinco miembros propietarios y cinco suplentes, nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta del Ministro de Economía Industria y Comercio, por un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelectos cuantas veces se disponga. Los miembros de la Comisión solamente podrán ser removidos por causas establecidas en la LPC y su remoción debe ser tramitada ante el Consejo de Gobierno. Los miembros de la Comisión no son funcionarios a tiempo completo, sino que devengan una dieta por cada sesión a la que asisten. Las decisiones de la Comisión agotan la vía administrativa, es decir no tienen recurso ante ningún superior jerárquico.

Para la ejecución de las labores ordinarias la Comisión cuenta con una Unidad Técnica de Apoyo (UTA) formada por profesionales en las áreas relacionadas con competencia.

En este documento las referencias a COPROCOM incluyen tanto a la Comisión como a la Unidad Técnica de Apoyo.

## **I.) PROMOCION DE LA COMPETENCIA Y PREVENCIÓN DE PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS**

### **A.) Aspectos institucionales de COPROCOM**

La experiencia de otros países muestra que conforme el derecho de competencia se desarrolla y la agencia de competencia se consolida con decisiones cada vez más importantes, se tiende a politizar el nombramiento de sus miembros y hasta sus decisiones. Por eso es importante considerar la posibilidad de dotar a COPROCOM de mayor independencia institucional, presupuestaria y funcional. Esto significa que es necesario revisar el mecanismo de nombramiento, reelección y posible remoción de sus miembros; la fuente y asignación de recursos propios de COPROCOM; y eventualmente hasta su independencia del Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

También es importante hacer la labor de COPROCOM más transparente, no sólo porque eso es fundamental para el continuo desarrollo de la cultura de competencia, sino porque con ello logrará mayor legitimidad. La difusión de información sobre la materia, la publicidad de sus decisiones, y la posibilidad de emitir guías prácticas que se comenta más adelante, son ejemplos de como lograr este objetivo.

### **B.) Naturaleza de la LPC y de COPROCOM.**

Las facultades que la LPC (Art.27) atribuye a COPROCOM son las siguientes:

a.) Velar por la racionalización de procedimientos por parte de los entes de públicos, b.) Recomendar a la Administración Pública la regulación de precios, c.) Investigar la existencia de monopolios, prácticas monopolísticas y concentraciones, d.) Sancionar actos de restricción de la oferta, e.) Establecer los mecanismos de coordinación para sancionar y prevenir monopolios, carteles, concentraciones y prácticas ilícitas; y f.) Emitir opiniones sobre leyes y actos administrativos, sin que tales tengan ningún efecto jurídico.

Es evidente que el legislador concibió a COPROCOM como un órgano eminentemente sancionador y le asignó facultades con ese propósito fundamental. Así, la concepción, aplicación y percepción de COPROCOM y de la LPC ha sido como un campo propio de la potestad sancionatoria del Estado. Sin embargo, aunque el Derecho de Competencia contempla la posibilidad de imponer sanciones a los agentes económicos, no debe perderse de vista que su principal propósito es servir como instrumento de desarrollo procurando corregir y evitar, cuando es posible, las imperfecciones del mercado. Solamente cuando

la cultura de competencia haya difundido este propósito por encima de la potestad sancionatoria tendremos una mayor colaboración de parte de los agentes económicos y una aún mejor percepción del público en general.

Mientras la situación se mantenga como hasta ahora, donde la solución de algunos casos sobre prácticas monopolísticas en mercados muy importantes se ha extendido varios años, el mejor escenario será que dichos casos concluyan con la imposición de una sanción pecuniaria; que por el elenco de posibilidades que contiene la ley estará lejos de ser ejemplificante, salvo que se aplicara la multa más grave equivalente al 10% de los activos o de las ventas realizadas durante el último periodo fiscal al agente económico, pero esta sanción está reservada para casos de suma gravedad. Además, es posible que la prohibición de prácticas que se han considerado como ilegales al final del procedimiento produzca sus efectos demasiado tarde en el mercado, que para entonces puede haber sufrido cambios irreversibles.

La extensión de algunos casos de gran importancia investigados y resueltos por COPROCOM, o en aún en proceso, se explica por varias razones: complejidad de los casos, dificultad y límites de la UTA para recabar la prueba, limitación de recursos de la UTA, e incluso tácticas dilatorias de los agentes denunciados.

Mientras los casos sigan extendiéndose por tanto tiempo eso permitirá a los agentes económicos continuar con sus prácticas monopolísticas durante el proceso, los daños que esas prácticas puedan causar pueden ser irreversibles y es posible también que la estructura de mercado y las mismas prácticas del agente económico que se acusa hayan cambiado durante el proceso. Con ello, los frutos de la resolución final serán únicamente en el marco sancionatorio. La solución no está en manos de la UTA ni de la Comisión solamente, es más, no hay duda que con mayores recursos y con procesos más ágiles COPROCOM puede hacer un esfuerzo para disminuir el tiempo de duración de los casos, pero posiblemente eso no sea suficiente. No solamente es necesario proveer a COPROCOM de mayores recursos, sino que también debe brindársele nuevos y mejores instrumentos para poder resolver los casos más ágilmente, sino que debe se debe dotar a COPROCOM de instrumentos que hagan posible la promoción de la competencia y la prevención de las prácticas monopolísticas. Hay tres instrumentos fundamentales que apuntan en esa dirección: la posibilidad de ordenar medidas cautelares, la posibilidad de emitir guías prácticas para los agentes económicos, y la posibilidad de llegar a acuerdos con los agentes económicos en una etapa temprana del procedimiento que aseguren la terminación y el desistimiento de las prácticas que se acusan. A continuación un esbozo de esas posibilidades:

#### a.) Medidas Cautelares

Desde la promulgación de la LPC existió la duda sobre la potestad de COPROCOM de dictar medidas cautelares con el propósito de suspender prácticas supuestamente ilegales o contrarrestar los efectos de dichas prácticas,

mientras se determina en un procedimiento ordinario la verdad real de los hechos y las posibles sanciones. Aún después de que la Sala Constitucional confirmó las facultades de COPROCOM para dictar este tipo de medidas, las dudas se mantienen, porque no han sido utilizadas en ningún caso importante. Pero no hay duda que este es un mecanismo que puede ser muy eficaz para prevenir, detener o contrarrestar los efectos anticompetitivos de prácticas mientras se realiza la investigación y se resuelve el caso concreto.

#### b.) Guías prácticas

Ciertamente COPROCOM puede difundir información general sobre la LPC, promover y participar en seminarios de información, como lo ha hecho hasta ahora. Pero no hay duda que se puede generar información más precisa y de mayor alcance para el desarrollo de la competencia. En otros países es común que la agencia de competencia emita guías sobre temas específicos como la definición del mercado relevante, la determinación del poder sustancial y otros, que ayudan a difundir el conocimiento de la materia, y facilitan a los agentes económicos la implementación de sus prácticas comerciales. También es conveniente aprovechar la información que ha generado y acumulado COPROCOM. No hay duda que en los estudios de mercado que COPROCOM realiza como paso previo para determinar el inicio de una investigación en un mercado particular adquiere y desarrolla conocimiento que puede ser utilizado ya sea para reforzar prácticas adecuadas, o para desestimular prácticas que pueden generar violaciones a la LPC, sin necesidad de abrir un procedimiento administrativo en contra de un agente en particular. Un ejemplo podría ser una guía sobre el tipo de actos que deben evitar las Cámaras y asociaciones formadas por agentes competidores.

#### c.) Conciliación en fase previa

La posibilidad de terminar un caso en forma anticipada, no sólo representa una ventaja procesal sino que permite eliminar una distorsión del mercado de manera más pronta y ágil, con lo cual se respeta además el derecho que por disposición legal tiene toda persona de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.

#### C.) Excepciones a la aplicación de la LPC.

Lo primero que salta a la vista en la LPC es la excepción que contempla el artículo 9 en cuanto a la aplicación de la Ley, particularmente en lo que se refiere a los monopolios del Estado creados por ley, como es el caso de los seguros, destilación de alcohol y comercialización para consumo interno, distribución de combustibles, servicios telefónicos, de telecomunicaciones, de distribución eléctrica y de agua. La discusión sobre si es conveniente o no la existencia de monopolios en manos del Estado no es objeto de este trabajo, pero sí es importante señalar que la existencia de esos monopolios no implica necesariamente que deban estar excluidos de la aplicación de la LPC. Por el contrario, si una ley especial crea un monopolio en un área específica como las

mencionadas, por definición se coloca a la institución del Estado responsable de desarrollar la actividad en dicha área en una posición dominante. Lo conveniente y recomendable entonces es asegurar que dichas instituciones no abusen de esa posición dominante frente a otros agentes económicos en niveles distintos de la cadena de producción. Algunos de estos sectores, como: combustible, agua, telecomunicaciones y energía, están sometidos a otra agencia estatal, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), particularmente en lo que se refiere a la fijación de precios de los servicios que prestan. Es evidente entonces la necesidad de que además que levantar la excepción de la aplicación de la LPC a estos sectores, se asegure una delimitación de competencias entre las estas entidades estatales y se haga posible una adecuada coordinación entre ellas.

También es necesario revisar leyes especiales aplicables a la producción y comercialización de algunos bienes, sobre todo de productos agrícolas como el banano, el café y la caña de azúcar, que contienen mecanismos para la fijación de cuotas y fijación de precios.

Mientras sectores tan importantes de la economía escapen a la aplicación de la LPC el desarrollo del Derecho de Competencia y las posibilidades de consolidar y difundir una cultura general en materia de competencia, serán siempre muy limitadas.

## **II.) PRACTICAS MONOPOLISTICAS ABSOLUTAS COMO ILEGALES PER SE**

La LPC (Art.11) define las prácticas monopolísticas absolutas como:

*“...los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos:*

*a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.*

*b) Establecer la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringidos o limitados de servicios.*

*c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables.*

*d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.*



*Para la aplicación de este artículo, la Comisión para Promover la Competencia, de oficio o a instancia de parte, ejercerá el control y la revisión del mercado de los productos cuyos suplidores sean pocos.*

*Los actos a los que se refiere este artículo serán nulos de pleno derecho y sancionará, conforme a esta Ley, a los agentes económicos que incurran en ellos.”*

Es decir, las prácticas monopolísticas absolutas son lo que se conoce en parte de la doctrina y del derecho comparado como prácticas horizontales. La LPC califica a estas prácticas como ilegales “per se” al calificarlos de casos “nulos de pleno derecho” que la COMPROCOM “sancionará conforme a esta ley...”

Ciertamente en economías pequeñas como la de Costa Rica, es común la presencia de pocos competidores en una buena cantidad de mercados, lo que facilita la formación de carteles. Costa Rica no es la excepción. Estas prácticas son comunes aún después de la entrada en vigencia de la LPC. El siguiente cuadro contiene la información sobre el número de casos de prácticas monopolísticas absolutas resueltos por COPROCOM hasta el 2003.

### **PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS ABSOLUTAS<sup>1</sup>**

<b>AÑO</b>	<b>1995</b>	<b>1996</b>	<b>1997</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>TOTAL</b>
<b>NUMERO DE CASOS</b>	03	06	07	04	08	04	04	04	04	44

La información no muestra necesariamente una disminución en el número de casos por año. Por su naturaleza, y al estar ahora prohibidas y sancionadas por la LPC, es difícil medir si realmente han disminuido en la práctica. Basta considerar que algunos de los casos fueron iniciados a partir de publicaciones en la prensa hechas por los mismos agentes económicos, en las que se evidenciaba la existencia de un acuerdo horizontal. Es de esperar que a partir de la vigencia de la LPC los acuerdos entre competidores hayan aumentado si no en cantidad, sí en sofisticación, y en consecuencia será importante no solo dotar a la COPROCOM de instrumentos efectivos para la investigación y sanción de estas prácticas, pero también es importante que sus esfuerzos se dirijan a detectar y desarticular los carteles más importantes y que más daño causan en la economía.

No hay duda que los carteles son prácticas que deben ser desestimuladas, perseguidas y sancionadas por la COPROCOM. Pero no todos los casos de prácticas horizontales producen efectos anticompetitivos que afecten tanto el

<sup>1</sup> Basado en información de COPROCOM

mercado que ameriten siempre la intervención de la COPROCOM y la consiguiente sanción de los agentes económicos. Entre los casos iniciados por la COPROCOM hay casos en que el número de competidores, o su participación en el mercado, no era lo suficientemente grande para causar efectos adversos en el mercado. Por eso, sí cabe preguntarse sobre la conveniencia o no de continuar con la ilegalidad “per se” de las prácticas horizontales, o de la necesidad de aplicar una sanción en todos los casos. La LPC podría modificarse para aplicar la “regla de la razón” a las prácticas horizontales. Pero si se considera que eso es un cambio que puede debilitar la cultura que con dificultad ha logrado crear COPROCOM en el país, entonces podría considerarse como alternativa el establecer un regla “de minimis”, para aplicar la nulidad absoluta y las sanciones que procedan, solamente a casos de cierta importancia.

Finalmente, el artículo 11 de la LPC contiene un elenco de prácticas monopolísticas absolutas, al igual que lo hace el artículo 12 para las prácticas monopolísticas relativas, que son las únicas por las cuales COPROCOM puede imponer sanciones. De mantenerse este sistema es necesario revisar el elenco de prácticas e incorporar por ejemplo el boicot horizontal como práctica sancionada por el artículo 11.

### **III.) APLICACIÓN DE LA “REGLA DE LA RAZÓN” A LAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS VERTICALES.**

Según el artículo 13 de la LPC, en los casos de prácticas monopolísticas relativas debe comprobarse la existencia de poder sustancial en el mercado relevante por parte del presunto responsable y que las prácticas se realizan respecto de bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante de que se trate. El concepto de poder sustancial está contemplado, pero no definido, en el artículo 15 de la LPC, según el cual, para determinar si existe poder sustancial debe tomarse en consideración al menos lo siguiente: a.) Participación en el mercado relevante y posibilidad de fijar precios unilateralmente, b.) Existencia de barreras de entrada, c.) Existencia y poder de los competidores, d.) Posibilidades de accesos a fuentes de insumos, e.) Comportamiento reciente del agente económico.

En el primer párrafo del artículo 12 de la LPC se definen las prácticas monopolísticas relativas como aquellas “...cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.”

A pesar de que ninguna de las disposiciones referidas establece expresamente la “regla de la razón” como mecanismo de análisis para determinar la ilegalidad de las prácticas monopolísticas relativas en los casos concretos, COPROCOM

ha dispuesto ya en varias resoluciones que ese es el mecanismo que debe de utilizarse. Pero esa es una posición basada más en doctrina y en derecho comparado que en la normativa vigente. Es más, la posición de COPROCOM podría variar en cualquier momento porque su jurisprudencia o antecedentes no son de acatamiento obligatorio. También es posible que esta posición sea reversada por los Tribunales de Justicia si el tema llega a ser discutido en esa vía, lo cual hasta el momento no ha ocurrido.

Esta situación es poco deseable porque genera incertidumbre entre los agentes económicos y los operadores del derecho, lo que dificulta enormemente el desarrollo y consolidación de la cultura en materia de competencia. Por eso es importante definir expresa y claramente el mecanismo que COPROCOM debe seguir para determinar la existencia e ilegalidad de prácticas monopolísticas relativas.

Finalmente, de manera similar como se apuntó sobre las prácticas monopolísticas absolutas, es necesario revisar el elenco de las prácticas monopolísticas relativas contempladas en el artículo 12 de la LPC. La preocupación fundamental se refiere al último inciso de dicho artículo que considera como práctica monopolística “En general, todo acto deliberado que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada”. Esta redacción es problemática en opinión de varios profesionales y genera incertidumbre para los agentes económicos por su amplitud. Para algunos, es necesario que las prácticas monopolísticas estén expresamente contempladas en la LPC, especialmente cuando se considera el carácter sancionador de la LPC. Este tema es complicado y su análisis requiere no sólo la consideración de la posibilidad de imponer una sanción, sino la necesidad de prevenir cualquier tipo de prácticas que tengan un objeto o efectos anticompetitivos. Parte del derecho comparado muestra más bien la tendencia a contar con una definición general y no un listado taxativo de prácticas sancionables. Esto confirma la necesidad de revisar este tema con mayor profundidad.

#### **IV.) NOTIFICACION PREVIA OBLIGATORIA EN LAS CONCENTRACIONES Y POSIBILIDAD DE IMPONER CONDICIONES PARA SU APROBACION.**

La LPC de Costa Rica se inspiró muy de cerca en la Ley Federal de Competencia de México. Sin embargo, por razones que ni siquiera fueron discutidas en la Asamblea Legislativa durante el proceso que siguió la LPC para su aprobación, en materia de concentraciones no se incluyó la notificación previa obligatoria. Es más, solamente el artículo 16 de la LPC se refiere a las concentraciones; los artículos 27, 28 y 29 hacen referencia al tema únicamente para efectos de determinar las posibles sanciones y la forma de valoración de las multas a imponer en cada caso. Pero, no solamente no existe la notificación previa, sino que no se proveyó a COPROCOM con mecanismos para

condicionar o contrarrestar eficazmente los efectos anticompetitivos que puedan causar las concentraciones.

La falta de notificación previa impide a COPROCOM analizar oportunamente los posibles efectos anticompetitivos que puede generar una concentración porque el análisis debe realizarse “ex post” es decir una vez consumada la concentración. Pero además muchas concentraciones se hacen de conocimiento público mucho tiempo después de consumadas, o no se hacen públicas del todo. Esto obviamente dificulta el análisis, pero sobre todo impide tomar medidas adecuadas para contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos de la concentración oportunamente.

Por lo anterior, se entiende que durante más de diez años de existencia COPROCOM solamente haya analizado cuatro casos de concentraciones y que de esos casos solamente en uno haya ordenado algún proceso de desconcentración, cuyo seguimiento se tornó prácticamente imposible.

La falta de notificación previa no es una ventaja ni siquiera para los agentes económicos. Si bien es cierto en Costa Rica no existen antecedentes de este tipo, los agentes económicos extranjeros sí están familiarizados con leyes de competencia de otros países en donde sí existe la notificación previa. Por eso, aunque la omisión de la LPC en este sentido podría considerarse como beneficiosa porque facilita transacciones comerciales entre diferentes agentes económicos, la verdad es que más bien genera una gran incertidumbre porque la ausencia de notificación previa forzosa no significa que COPROCOM carezca de facultades para analizar y tomar acciones en contra de una concentración que se considere anticompetitiva. El artículo 28 faculta a COPROCOM para desconcentrar lo que se haya concentrado indebidamente. Para un agente económico esto representa un riesgo sumamente significativo, y la única forma de eliminarlo sería eliminando las sanciones y permitir cualquier tipo de concentración (lo cual es contrario al objetivo del Derecho de Competencia), o estableciendo un mecanismo adecuado y ágil de notificación previa.

La decisión de adoptar e incorporar en la LPC la notificación previa obligatoria en el caso de las concentraciones requiere determinar los umbrales mínimos en cuanto a monto involucrado en la transacción, porcentaje de participación en el mercado de los agentes involucrados, etc., con el fin de que se sometan a examen las concentraciones que realmente tienen posibilidades de causar efectos anticompetitivos en el mercado. Especial consideración merece la posibilidad de someter a examen fusiones con empresas que no operan directamente en el mercado nacional.

También sería necesario otorgar a COPROCOM las facultades para imponer las condiciones que sean necesarias para contrarrestar posibles efectos anticompetitivos, monitorear y exigir el cumplimiento de esas condiciones y sancionar su incumplimiento.

Esto indudablemente multiplicará el volumen de trabajo de COPROCOM, por lo que requerirá contar con mayores recursos económicos e incrementar el número y el entrenamiento de sus profesionales. Pero la notificación previa también implicará un cambio para los agentes económicos sujetos al examen de COPROCOM. Por eso es conveniente que la implementación de la notificación previa sea un proceso gradual, que puede contemplar la posibilidad de ser voluntaria durante el primer año de reforma a la LPC.

#### **V.) FACULTADES DE COPROCOM PARA RECOLECTAR PRUEBA Y REVISION DE LAS SANCIONES (INCLUYENDO EL INCUMPLIMIENTO DE ACUERDOS PREVIOS Y DE APROBACIONES DE CONCENTRACIONES.). GARANTIAS PROCESALES**

Aunque el legislador concibió a COPROCOM como un ente fundamentalmente sancionador, no le concedió mecanismos efectivos para llevar a cabo esa labor. Los medios con que cuenta COPROCOM para realizar la investigación en los casos concretos son sumamente limitados, no solo por la escasez de recursos, sino porque no cuenta con instrumentos legales para recolectar prueba de una manera dinámica que pueda contrarrestar la falta de colaboración de los agentes económicos y acudir, si es necesario, a mecanismos forzosos.

El artículo 27 c.) faculta a COPROCOM para investigar la existencia de monopolios, carteles, prácticas o concentraciones prohibidas, para lo cual le confiere como instrumento la posibilidad de requerir a los particulares y los demás agentes económicos la información y los documentos relevantes. Este es en realidad el único instrumento que posee COPROCOM para obtener información que está en poder de los agentes económicos. No cuenta entonces con mecanismos adicionales como el poder solicitar prueba que pueda estar en poder de otras entidades, ni de la facultad de requerir el testimonio de personeros de los agentes involucrados. Tampoco cuenta con mecanismos para obtener la información por vías forzosas.

En la práctica esto significa que la investigación que realiza COPROCOM para los casos concretos, depende en gran medida de la buena voluntad de los agentes económicos, que pueden escoger la información que envían, presentarla como mejor les convenga, o simplemente no enviar ninguna información a COPROCOM. El único mecanismo de presión con que cuenta COPROCOM es imponer alguna de las multas que contempla el artículo 28 c.) y d.), para lo cual requiere abrir un procedimiento administrativo. Aún así, hay quienes apuntan el hecho de que este artículo sanciona la entrega de información falsa y la entrega tardía de la información, pero no sanciona expresamente la entrega de información incompleta, ni tampoco la no entrega de la información. No hay duda que esto puede comprometer el resultado de una

investigación, y resultar en la impunidad del agente económico que se niegue a presentar la información requerida.

Por lo anterior, es necesario dotar a COPROCOM de mecanismos que le permitan recabar evidencia de manera forzosa, aún si eso requiere la participación de los Tribunales de Justicia, como el allanamiento de oficinas y establecimientos comerciales, y el requerimiento a representantes y funcionarios de los agentes económicos para que se presenten a rendir testimonio ante COPROCOM

Finalmente, en cuanto a las sanciones que pueden ser impuestas por violación de la LPC es necesario asegurarse que la presentación incompleta de información requerida o su no presentación están debidamente contempladas como conductas sancionables. También habría que contemplar sanciones para los incumplimientos de acuerdos previos e incumplimiento de las condiciones que se impongan para la aprobación de una concentración.

En cuanto al monto de las multas impuesta, la información ofrecida por COPROCOM demuestra que el monto de las multas impuestas en casos en que se han detectado violaciones a la LPC han ido en aumento, e incluso ya han alcanzado en algunos casos el tope máximo calculado con base en múltiplos o cantidades de salarios mínimos. Sin embargo, aún no se ha impuesto ninguna sanción para casos particularmente graves, al amparo del segundo párrafo del artículo 28 que establece:

*“En el caso de las infracciones mencionadas en los incisos del e) al h) de este artículo que, a juicio de la Comisión para Promover la Competencia, revistan gravedad particular, esta Comisión puede imponer como sanción una multa equivalente al diez por ciento (10%) de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior o una hasta por el diez por ciento (10%) del valor de los activos del infractor. De esas dos multas se impondrá la que resulte más alta”*

Ciertamente hay casos que por su gravedad merecen una sanción más severa, pero la redacción de este artículo limita las posibilidades de COPROCOM a solamente dos opciones que normalmente resultaría en montos extraordinarios, muy superiores al máximo que puede imponerse basado en salarios mínimos. Parece conveniente considerar la posibilidad de que ese diez por ciento sea un máximo para determinar el monto de la sanción, y no la única opción. Una reforma en ese sentido conviene acompañarla de la posibilidad de establecer tratamientos más favorables a los competidores que voluntariamente presenten su caso a examen de COPROCOM, ya sea que se trate de prácticas monopolísticas relativas o absolutas. Particularmente en aquellos casos en que un cartel sea denunciado por uno de sus miembros. Esto con el fin de facilitar la

detección y descubrimiento de estas prácticas, lo cual ya ha dado buenos resultados en otros países.

## CONCLUSIONES

Durante los primeros diez años de vigencia de la LPC, COPROCOM ha hecho un esfuerzo extraordinario para desarrollar una cultura en materia de competencia, mediante la difusión de información general, y la formación y entrenamiento de profesionales vinculados con el tema. COPROCOM ha investigado, conocido y resuelto ya una buena cantidad de casos de gran complejidad e importancia para los mercados específicos, muchos de los cuales han resultado en la imposición de multas importantes y en la prohibición de las prácticas investigadas, con lo cual se han resuelto buena parte de las distorsiones presentes en esos mercados.

La experiencia acumulada por COPROCOM permite hacer una evaluación de la LPC que revela la necesidad de mejorar varios aspectos de la normativa. De los aspectos analizados aparecen en primera línea los siguientes: a.) La independencia administrativa y presupuestaria de COPROCOM, b) El papel de COPROCOM en la promoción de la competencia y la prevención de prácticas monopolísticas, c.) La aplicación de la LPC a todos los agentes económicos, públicos y privados, sin excepción alguna y los mecanismos de coordinación con entidades reguladoras en mercados específicos, d.) La incorporación de la notificación previa obligatoria en las concentraciones, e.) Los mecanismos necesarios para hacer posible una adecuada recolección de pruebas durante la investigación de los casos, y f.) Los aspectos relacionados con las conductas sancionables, los criterios para imponer sanciones incluyendo la posibilidad de indulgencia en ciertos casos y el elenco mismo de sanciones. La omisión de estos temas en la LPC ha sido un significativo obstáculo para COPROCOM y su incorporación se presenta como el siguiente paso natural en el mejoramiento de la normativa vigente.

Los temas relacionados con la prácticas monopolísticas absolutas y las prácticas monopolísticas relativas, en cuanto al elenco de prácticas contempladas y la aplicación de reglas de ilegalidad “per se” o de “regla de la razón”, son también muy importantes pero ya están presentes en la LPC y no han impedido la actividad de COPROCOM frente a estas prácticas. Por lo tanto, la eventual modificación de la normativa vigente en estos temas debe estar sujeta a un análisis más profundo que tome en consideración el valor de la cultura desarrollada hasta la fecha en materia de competencia.